

物權變動論の法理的検討（その一・所有権移転論の検討）〔下〕

——財産法における権利の構造 三の〔下〕——

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに
- 二 所有権移転論の足跡
- 三 なしくずしの移転論の検討
- 四 「所有権の移転」とはどのような法規象か……以上前号
- 五 従来の所有権移転論の検討……以下本号
- 六 むすび

五 従来の所有権移転論の検討

一 前章で述べた私の見解は、その結論の点では外部的徴表行為説や有償性説と一致するが、理論構成の面では相
当に異なっている。そこで、本章では所有権移転に関する従来の学説を検討することによって、私がなぜ既存の構
成に依存しないで、独自の構成をせざるをえないのか、という点を確認しておこう。

二 従来の理論の中で私見に最も近い考え方は、物権行為の独自性を認められる末川博士の見解ではないかと思われる。博士の見解は、フランス法流の意思主義が通説たる地位を占めている中であつて、わが国固有の取引慣行や取引意識に出発点を求め、民法五三三条・五四五条・五五〇条但書などとの整合性を形式的根拠として構成されたものであり、ドイツ法流の物権行為論の模倣から脱脚した独自の理論となつてゐる。しかし、取引慣行や取引意識の内容は必ずしも明白ではないし、民法の規定の整合的解釈という点についても、旧通説は旧通説なりの整合性を追求しており、末川説が旧通説を乗り越えるための決定的根拠とはなりえなかつた。

のみならず、末川博士が取引慣行や取引意識を重視される点に対して、末川説では所有権の觀念性が輕視されているとか、⁽³⁾ 外部的徴表行為の時に物権契約をしているとするのは擬制にすぎないとか、⁽⁴⁾ さらには「無益に法的構成を煩雜化するもの」という批判が加えられている。

末川説に対してこのような批判が加えられるのは、結局のところ、末川説においても所有権とはどのような権利で、所有権の移転とはどのような法現象なのかということ、つまり「何が」「なぜ」「いかにして」「いつ」移転するのかと言う最も基礎的な問題について、十分に掘り下げた分析がなされていないからではないかと思われる。というのは、右の基礎的問題に対する掘り下げが不十分なままに、わが国古来の取引慣行や取引意識を根拠にして物権變動論を構成するならば、論理よりも感性が優先することになり、権利の移転と目的物の移転の区別が不分明となるだけでなく、目的物の引渡もないのに代金の支払があれば「なぜ」「いかにして」所有権が移転するのか、到底説明することはできないであらう。

つまり、末川博士は代金支払という行為に所有権移転の合意を認める根拠として、「売主は代金を貰うのだからもはや勝手なことにできぬと考え、また買主は代金を払う以上今後は自分の物になると考えているとみてよい事情が存在する」と説かれているが、これは感性的な説明に止まつており、所有権移転の理論的な説明になつていないの

である。そのために、代金支払による所有權移轉は外部的徴表行為説では説明不可能という批判を受けることになり、有償性説が末川説の理論的弱点を止揚しているかの如く感じさせることにもなっている。

したがって、末川説を継承発展させるためには、所有權移轉という法現象の理論的分析を必要不可欠とするが、代金支払によつて「なぜ」所有權が移轉するのかを理論的に説くためには、末川博士のように物權行為の無因性を認め、債權契約と物權行為との関連性を切断することはできないであろう。けだし、そこには有償性原理が働くことを全く無視することはできないからである。そして、物權行為は所有權が「いかにして」移轉するかの問題であるのに対して、債權契約は所有權が「なぜ」移轉するかという問題であり、「なぜ」の問題に続いて「いかにして」の問題が登場するのであるから、債權契約と物權行為は区別されるだけでなく、連関づけて考察すべきではあるまいか。つまり、物權行為に独自性を認めるにしても、原因関係との関連性までが断ち切れるわけではないであろう。因に、手形は無因証券とされているが、人的抗弁という形で原因関係を手形上の權利行使に反映させることができ、当事者間では手形関係と原因関係が完全に切り離されているわけではない。したがって、新訴訟物理論においても手形債權と原因債權とを一個の訴訟物として構成する見解が主張されたり、フランス手形法理論のように手形関係の当事者間では有因性を認める構成が試みられるわけである。

注(1) 末川 博・物權法（新法学全集）〔日本評論社・一九三八年〕七〇―七三頁〔末川・旧版として引用〕、同・物權法〔日本評論新社・一九五六年〕六二―六八頁〔末川・新版として引用〕、同「特定物売買における所有權移轉の時期」物權・親族・相続（末川 博法律論文集IV）〔岩波書店・一九七〇年〕一七―二六頁〔末川・論文集IVとして引用〕。

(2) 末川・前掲〔注1〕新版六八―七一頁、同・前掲同所・旧版七七―八〇頁、同・前掲同所・論文集IV二六―二九頁。結果同旨、石田文次郎・物權法論〔有斐閣・一九三二年〕四一―四三頁。

(3) 同旨、鈴木禄弥・物權法の研究〔創文社・一九七六年〕一一〇―一一頁・一四〇頁〔鈴木・研究として引用〕、林 良平「物權變動における所有權の移轉時期」法学教室第一期六号（一九六三年）一〇五頁、加藤 高「所有權移轉の時期」不動

産法体系Ⅰ「青林書院新社・一九七〇年」二八一頁、滝沢律代「物權變動の時期」星野英一編・民法講座(2)「有斐閣・一九八四年」五六頁・六一頁注(38)、同「物權變動の時期」法学教室五八号(一九八五年)一五頁、同「物權變動の理論」有斐閣・一九八七年」五〇頁「滝沢・理論として引用」。なお、我妻 栄・私法二四号(一九六二年)八五頁。vgl. P. Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, 1937, S.15; K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, 10. Aufl. 1972, S. 18, r
ツクやラーレントは素人の意識や当事者の意識は基準にはならないとする。なお、ヘックの前掲著書の紹介として、我妻 栄
「ヘック著『無因的物權行為論』」民法研究Ⅲ「有斐閣・一九六六年」八一—一〇四頁、於保不二雄「ヘック『抽象的物權行
為』」法学論叢三八卷三号(一九三八年)一九五—二〇〇頁。

- (4) 舟橋諄一・物權法「有斐閣・一九六〇年」八〇—八一頁、金山正信・物權法総論「有斐閣・一九六四年」一〇四頁、於保
不二雄・物權法(上)「有斐閣・一九六六年」五〇—五一頁、柚木 馨^{||}高木多喜男・判例物權法総論(補訂版)「有斐閣・一九
七二年」九五頁、吉原節夫「物權變動の時期に関する判例の再検討(一)」富大経済論集七卷二号(一九六一年)八〇頁注
(2)、同「特定物売買における所有權移轉の時期」民商法雑誌四八卷六号(一九六三年)一四頁、山本進一「わが民法にお
ける物權行為の独自性と有因性(一)」法律論叢二九卷一号(一九五六年)一七頁注(5)(6)(7)・二〇頁、舟橋諄一編・注
釈民法(6)「有斐閣・一九六七年」一三〇頁「山本」、石田喜久夫「売買と所有權移轉」物權變動論「有斐閣・一九七九年」一
一六頁「石田喜・變動論として引用」、滝沢・前掲「注3」民法講座(2)五五—五六頁、同・前掲「注3」理論五一頁・一八一
頁。

- (5) 滝沢・前掲「注3」理論一八一頁。因に、於保・前掲「注4」五四頁は「わが国の伝統的な国民意識における形式主義は、
およそ前近代的なものにすぎないのではあるまいか」とされ、滝沢・前掲「注3」民法講座(2)六三頁も「登記・引渡・代金
支払時説によって主張されているようなわが国の取引意識は、あるいは所有權意識の立ち遅れを示すものと評価されるべき
ではないのか」とされる(なお、同書五六頁参照)。

- (6) 広中俊雄・物權法第二版「青林書院・一九八二年」五〇頁。なお、原島重義「特定物売買と所有權移轉時期」民法の判例
第三版「有斐閣・一九七九年」五四頁。

- (7) 鈴木禄弥・物權法講義改定版「創文社・一九七二年」九四頁「鈴木・講義として引用」。

- (8) 末川・前掲「注1」新版六七頁、同・前掲同所・論文集Ⅳ二五頁、同・前掲同所・旧版七五頁。

- (9) この点については前章四節(本誌二二卷四号一五二頁)注(3)参照。

- (10) 末川・前掲「注1」新版七七—八一頁、同・前掲同所・論文集Ⅳ二〇—二三頁、同・前掲同所・旧版八七—九一頁。

(11) 上村明広「給付訴訟の訴訟物」岡山大法経学会雑誌一八卷二号（一九六八年）三四六―三四七頁、同「訴訟物論争の回顧と展望」前掲誌二一巻二号（一九七一年）一七三頁、同「請求權と訴訟物」民事訴訟雑誌一七号（一九七一年）二一七―一九頁。

(12) この点については、上柳克郎「フランス手形理論の一考察」会社法・手形法論集「有斐閣・一九八〇年」三九六―四一〇頁、同「手形の無因性についての覚書」前掲論集三九〇―三九二頁。なお、フランス手形法理を参考にして、手形当事者間においては手形債權を原因債權の変容物とするウィーラントの見解、ならびにその問題点につき、上柳「手形債權の無因性」前掲論集三六三―三八五頁。

三 ドイツ法流の物權行為論、即ち物權行為の独自性と無因性を認める見解が通説とされていた時期に、民法一七六条の沿革に立ち帰り、フランス法流の解釈論を展開された末弘博士が、わが民法上、特別の明文がないのに物權行為を無因とする根拠はない、とされたのは正当であつた。というのは、ドイツ民法における物權行為の無因性は、物權と債權の峻別に基づいて物權行為と債權行為を峻別する普通法学特有の理論体系を立法に反映させる目論見⁽²⁾が、實質的審査權を有する登記官吏が原因關係に介入することを阻止して、不動産取引の迅速化を図らんとする政策⁽³⁾によつて支えられたところに実現したものであり、特殊ドイツ的な生い立ちをもつ概念だからである。

つまり、普通法学の前身をもつドイツでは、無因性に言及しなくても無因であることは明白であるという立場であつたとされているが、物權變動に關して形式主義を採り、物權行為に独自性を認めることと、物權行為の無因性との間には何ら論理必然的な關連性があるわけではなく、物權行為を有因とした上で、登記に公信用を認めることにより、妥當な結論を導きうるのである。それだからこそ、ドイツ民法の立法段階から無因的構成は攻撃の対象とされ、その後も概念法学的な技巧性が批判的となつて⁽⁴⁾いるわけである。⁽⁵⁾

かくして、末弘博士が物權行為の無因性を否認されたことは先見の明があつたと評価しうるが、公示を物權行為

の要件としないわが国では、物権行為の独自性を認める必要はないとして、これをも否認され、物権行為の独自性は必要もなしにドイツ民法流に解釈する誤りである⁽¹⁰⁾とされた点は、フランス民法流にとらわれた行き過ぎではなかったかと思われる。

注(1) 末弘敬太郎・物権法上巻〔有斐閣・一九二二年〕九五―九七頁、我妻 栄・物権法〔岩波書店・一九五二年〕五六―五七頁、我妻 栄Ⅱ有泉 亨・新訂物権法〔岩波書店・一九八三年〕六九頁〔我妻Ⅱ有泉として引用〕、柚木 馨・判例物権法総論〔有斐閣・一九五五年〕八九―九〇頁、柚木Ⅱ高木・前掲〔一七二頁注4〕九七頁、舟橋・前掲〔一七二頁注4〕八八―九三頁、川島武宜・所有権法の理論〔岩波書店・一九四九年〕二五四―二五七頁〔川島・理論として引用〕（川島武宜著作集第七卷 所有権〔岩波書店・一九八一年〕二二七―二三〇頁〔著作集(7)として引用〕、同・民法Ⅰ 総則・物権〔有斐閣・一九六〇年〕一五五―一五六頁、広中・前掲〔一七二頁注6〕五二頁。

(2) この点については、田島 順「物権契約の問題」法学論叢四四卷二号（一九四一年）二頁、原島重義「無因性」概念の系譜について」九大法学部三〇周年記念論文集・法と政治の研究（一九五七年）四七五―四七六頁、好美清光「Jus ad remとその発展的解消」一橋法学研究三三（一九六一年）三四八頁・三五七―三五八頁・三六七―三六八頁、広瀬 稔「無因性理論についての一考察」法学論叢七七卷二号（一九六五年）四六一―四七頁・七一―七二頁、有川哲夫「物権契約に関する学説史的考察」福大法学論叢二〇卷四号（一九七六年）二九五頁。

(3) 吾妻光俊「独逸民法に於ける物権契約の抽象性」法学協会雑誌五一卷五号（一九三三年）五一頁（註一八）、藤本秀麿「独逸法系不動産登記法の公信力に就いて（一）」法協五三卷四号（一九三五年）一四頁、川島・前掲〔注1〕理論二二―二三頁〔著作集(7)二〇五―二〇七頁〕、同・前掲〔注1〕民法Ⅰ一五六頁、原島重義「無因性」確立の意義について」法政研究二四卷一号（一九五七年）八一頁・八七―八九頁、鈴木禄弥・抵当制度の研究「一粒社・一九七四年」九八一―〇一頁、広瀬・前掲〔註2〕法叢七七卷二号七二頁、有川哲夫「土地所有権取得法」（一八七二年）の研究（三）「名城法学二二卷二号（一九七三年）二二頁。H. Kleine, Die historische Bedingtheit der Abstraktion von der causa, 1953, S. 29-47.（本書の紹介として、加藤一郎「クライン」無因主義の歴史的制約」法協七二卷三三（一九五五年）七五―九二頁）。vgl. Heck, a. O. [S. 172 N. 3], S. 47f. ヘックは一八七二年のプロシャ土地取得法は二つの誤解、即ち無因的構成が取引の安全に役立つ、登記実務を容易にするという誤解に影響されたとしている。

(4) Heck, a. O. [N. 3], S. 2; W. Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentums-

- übertragung, 1966, S. 101. なお、我妻・前掲〔一二二頁注3〕研究Ⅲ八五頁、広瀬・前掲〔注2〕法叢七七卷二七二頁、有川・前掲〔注2〕福法二〇卷四号二九五頁。
- (5) 吾妻光俊「ナチスに於ける物權契約概念の否認」ナチス民法学の精神〔岩波書店・一九四二年〕二二九頁、石田喜「引渡主義の成立」前掲〔一七二頁注4〕變動論六一頁注（4）。Larenz, a. a. O. [S. 172 N. 3], S. 12f. vgl. W. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 1965, S. 153, 154u. 157f. (フラーメは有因か無因かは実定法秩序の法技術的構成によるものとする)。
- これに対して、形式主義と無因性の間に関連性を認める見解として、吾妻光俊「意思表示による物權變動の効力」東京商大法学研究二号（一九三三年）二二三頁注（四）・二七六頁、山田 最「登記主義と有因主義との結合について」杉山教授還曆祝賀論文集〔岩波書店・一九四二年〕八二一頁・八四一頁、滝沢・前掲〔一二二頁注3〕理論四七頁。
- (6) 山田・前掲〔注5〕八四三―八四四頁、吾妻・前掲〔注5〕ナチス民法学の精神二四五―二四六頁・二五〇頁（但し、二五三―二五四頁は登記に公信力を認めることにより無因性概念が不要に帰するとする捉え方を批判される）。Heck, a. a. O. [N. 4], S. 3, 21, 25u. 48; Larenz, a. a. O. [N. 5], S. 19; F. Beyerle, Die dingliche Vertrag, Festschrift für G. Boehmer, 1954, S. 175; H. Lange, Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahnrecht, AcP (N. F.) Bd. 26 (1940), S. 30; Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl., 1960, S. 25.
- (7) z. B. Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jherings Jahrbücher Bd. 27 (1889), S. 335-462; O. v. Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 187-189, 314f., u. 335-337.
これらの批判説については、吾妻・前掲〔注3〕法協五一卷五号八六―九一頁。なお、シュトロールの見解につき、石田喜「有因論による無因論批判の一斑」前掲〔注5〕變動論八四―一〇四頁。
- (8) z. B. Heck, a. a. O. [N. 3], S. 4, 27f., 34u. 67; Beyerle, a. a. O. [N. 6], S. 165u. 171; Lange, a. a. O. [N. 6], S. 28; Krause, Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, AcP (N. F.) Bd. 25, 1939, S. 315.
- (9) 末弘・前掲〔注1〕七七頁・八三―八六頁。同旨、我妻・前掲〔注1〕五一頁、我妻『有泉・前掲〔注1〕五七頁、舟橋・前掲〔注1〕八二頁、柚木・前掲〔注1〕八七頁、柚木・高木・前掲〔注1〕九五頁・一〇八一―一〇九頁、柚木 馨・高木多喜男・注釈民法(4)〔有斐閣・一九六六年〕八三頁。
- (10) 末弘・前掲〔注1〕八七頁〔註一二〕。この点に対する反論、ないし批判として、石田文・前掲〔一二一頁注2〕四五頁註

五、勝本文夫「物權の変動について」(法学研究二〇卷二号(一九四七年)七頁、山本・前掲「一二三頁注4」)注釈民法(6)一二六頁。

なお、右の石田博士の反論に関して、川島博士は、末弘説が民法典の歴史的な構成を問題とされるのに、石田説は歴史的構成そのものではなく、物権・債権等の概念に基づく論理的演繹を問題とされており、両者は平面を異にしていると評される(川島・前掲「注1」)理論二四七頁注(四七)「著作集(7)二二三頁注(47)」。

四 というのは、フランス法流に「債権行為の効力として」物権的效果が発生すると解するにしても、フランス民法は所有権移転が「なぜ」生じるのかという問題と、それが「いかにして」生じるのかを区別することなく、両者を一体として債権契約の中で処理している。というよりも、所有権移転が「いかにして」生じるのかという問題は、それが「なぜ」生じるのかという問題の中に包摂されており、前者が独立した問題とはされていないのである。

つまり、フランス民法の下では債権契約の効力によって所有権は買主に移転し(仏民七一一条)、目的物の引渡がなされるべき時に買主は所有者となり(仏民一一三八条)、売買契約によって売主は目的物を引渡す義務を負う(仏民一五八三条)としているように、売買契約によって所有権が移転する旨は規定しているものの、所有権が「いかにして」移転するのかについては規定していないのである。

ところで、このような構成をとるフランス民法につき、川島博士は次のような見解を示される。つまりフランス民法の「意思主義」は所有権の観念性を反映するものであり、目的物の引渡を不要とすることによって「所有権移転行為が観念的な債権契約に吸収せられて単にその効果として構成され……フランス民法においては、債権契約から分化独立した物権取引行為は存在しない」とし、その原因を「近代的な信用契約は、まだそこでは、制定法の構成の地盤となるほど成熟していなかった」とされている⁽⁷⁾。

しかし、所有権の移転時期を将来の時点に定めることにより「信用契約」を締結すれば、契約で約定された時点

において買主は所有權者となるはずであり、フランス民法が信用契約を射程に入れていなかったが故に物權行為が債權契約に吸収され、後者から分化独立しなかったといえるのかは疑問である。また、フランス民法が現実売買をモデルとして立法されたものであるならば、一五八三条をどのように評価すればよいのであろうか。

他方、ドイツ民法は信用契約を典型とする「物權取引の一つの近代的な構造」に照応するが故に、債權契約と物權契約は分化対立するのであろうか。物權變動には物權行為を要するとする主義の下において、当事者が将来の時点で所有權を移轉しようとする場合、売買契約の中でその旨の意思表示をすることは可能なのであるが、不動産については登記官吏の面前における合意 *Auflassung* と登記を要するが故に（下民八七三条・九二五条）、債權契約とは別に、物權契約をなさざるをえないだけのことではあるまいか。また、物權契約と債權契約を峻別するドイツ法の下では、現実売買についてさえ債權契約とは別に、物權行為が必要とされるが、動産の売買のように物權行為も当事者間の意思表示のみで足りるのであれば、物權行為を債權契約とは別個になさねばならないという必然性があるわけではない。

〔注1〕 末弘・前掲「一七四頁注1」六八頁〔註二〕。

〔2〕 川島・前掲「一七四頁注1」理論二二—二三頁〔著作集(7)一九九—二〇〇頁〕、同・前掲「一七四頁注1」民法I一四七頁。因に、石田文・前掲「一七一頁注2」三七頁は、フランス民法は特定物売買を主眼とした物權變動の理論とされる。

〔3〕 神戸大学外国法研究会編・現代外国法典叢書(40)・仏蘭西民法II・財産取得法(2)〔有斐閣・一九五六年〕七三—七四頁。

〔4〕 川島・前掲「注2」理論二二五頁〔著作集(7)二〇三頁〕、同・前掲「注2」民法I一四七—一四八頁。因に、石田文・前掲「注2」三九頁は、ドイツ民法は種類売買を主眼とした物權變動の理論とされる。

〔5〕 同旨、勝本文・前掲「一七六頁10」法研二〇卷二七頁。

五 このように見てくるならば、フランス民法は所有權が「なぜ」移轉するのかという問題と、「いかにして」移轉

するの⁽¹⁾かという問題を区別せず、後者を前者に包摂しているが、それは、結局のところ物権法と債権法とを区別していないために、所有権の移転という法現象の分析を理論的になしえないということに帰するのではあるまいか。現に、仏民一五八三条の「目的物を引渡す義務」は「所有権を移転する義務」と解するのが多数説であるとされているが、一五八三条をのように解釈すると、七一条や一一三八条との整合性を失うのではあるまいか。

というのは、売買契約によつて所有権は移転しているのに、売主はなぜ所有権を移転する義務を負わなければならないのであろうか。売買契約によつて所有権が移転するのであれば、売主には目的物を引渡す義務が残つてい⁽²⁾るとする方が論理的だからである。また、一五八三条を「所有権移転義務」と解する場合、その所有権は「いかにして」移転するのであろうか。売買契約によつて売主に「所有権移転義務」が発生し、売主がこの義務を履行せんとすれば、所有権移転の意思表示、即ち物権行為をするほかはないのではなからうか。それとも、目的物の引渡という事実行為によつて所有権を移転するのであろうか。いずれにしても、フランス民法の債権的合意主義に反する解答であり、所有権移転論の不十分さを示しているのではあるまいか。

あるいは、「当事者間においては所有権移転の債権・債務が発生すると共に同時に直接所有権移転の物権的效果も発生するのを通常とする⁽³⁾」という見解に立つならば、売買契約によつて売主が所有権移転義務を負担すると同時に、この売買契約によつて「直接」所有権移転の物権的效果も発生することになり、フランスの多数説は何ら矛盾を含むものではないといえそうである。だが、この説明では「なぜ」所有権が移転するのかを説きえても、「いかにして」所有権が移転するのか、つまり売主は「いかにして」所有権移転義務を履行するのかは説明しえておらず、フランス民法に欠けた部分があることを論証する役目を果すのみであらう⁽⁴⁾。

それと同時に、わが民法では売買契約によつて売主は財産権を移転する義務を負う（民五五五条）のに対して、フランス民法では売買契約が所有権を移転させる契約となつているなどの相違が見られ、フランス民法流の解釈を

そのまま導入しえないとされた、末川博士の指摘⁽⁵⁾の正しさを裏づけることになる。また、最近の研究によって明らかにされているように、フランスの不動産取引には公証人が関与するという慣行が民法制定以前から定着しており、このような慣行の上に意思主義を採用したフランス民法の構成を、そのままが国に導入してみても説得力に欠けるように思われる⁽⁶⁾。

注(1) 但し、フランスでも物權と債權の区別については問題とされている（佐賀徹哉「物權と債權の区別に関する一考察（二）・（二）・（三・完）」法叢九八巻五号「一九七六年」二七—六五頁、九九巻二号「一九七六年」三六—六〇頁、九九巻四号「一九七六年」六二—八八頁、同「物權と債權の区別に関する一考察」私法四〇号「一九七八年」一四八—一五一頁）。

(2) 神戸商大外国法研究会編・現代外国法典叢書・仏蘭西民法IV・財産取得編(3)「有斐閣・一九四二年」二頁、柚木—高木・前掲「二七五頁注9」注釈民法(4)六九頁。

(3) 柚木—高木・前掲「注2」七〇頁。

(4) なお、広中・前掲「一二二頁注6」五〇頁は債權契約とは別に「あらためて物權的意思表示をなすを要せず直接に」物權變動が生じるとする構成の方が、外部的徴表行為説よりも素直だとされる。しかし、広中・前掲五二頁は民法一七六条の「意思表示ノミニ因リテ」は物權變動の原因を指す言葉にすぎないとされており、わが民法にも「なぜ」に関する規定はあるが、「いかにして」に関する規定がないことを認める結果になっている。

(5) 末川・前掲「一二二頁注1」新版五八頁・七二頁、同・前掲同所・論文集IV二二—二三頁・三〇頁、同・前掲同所・旧版八〇—八一頁。同旨、浅井清信・物權法論「法律文化社・一九五九年」三五頁、勝本正晃・物權法「創文社・一九五三年」四七頁・五三頁、山本・前掲「一二二頁注4」法論一九巻二号一八一—二〇頁、同・前掲「一二二頁注4」注釈民法(6)一一五頁・一一七頁・一二五頁、好美清光「物權變動論をめぐる現在の問題点」書齋の窓二九号（一九八〇年）三一—四頁。

(6) フランスの不動産取引については、関口 晃「登記制度の比較法的研究・フランス」法律時報二四巻三号（一九五二年）一七一—一八頁、鎌田 薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割（二）」早法五六巻二号（一九八〇年）四二—四六頁、六六—六九頁、好美・前掲「注4」六—八頁。なお、星野英一「フランスにおける一九五五年以降の不動産物權公示制度の改正」民法論集(2)「有斐閣・一九七〇年」一一〇—一一四頁。

(7) 因に、鎌田・前掲「注6」五〇頁・五六頁・六七頁によれば、公証人が関与するフランスの不動産取引では、当事者間で

債權契約が締結されれば直ちに物權變動が生じるとは解されておらず、売買契約成立時とは公証人証書が作成された時と解されている。なお、フランスにおける公証人証書慣行の形成につき、池田恒男「フランス抵当權改革前史（二）」社会科学研究三〇巻五号（一九七九年）五一―五三頁。

六　かくして、フランス民法を母法としながら、フランス民法流の解釈をそのまま導入することはできず、またドイツ民法流の構成をそのまま採用することもできないとすれば、所有權が「いつ」移転するのかという問題は、所有權移転という現象を分析することにより理論的に解決するほかはないであろう。つまり、単に「売ろう」「買おう」という意思表示のみでは、「いつ」所有權が移転するのか不明なだけでなく、これでは売買契約なのか予約なのかさえ判明しないこともある⁽¹⁾。したがって、所有權が「いつ」移転するのかを決めるためには、それが「いかにして」移転するのかを説明する必要があるわけである。

そして、私見のように所有權の移転とは買主のためにする「排他的支配意思」の放棄、即ち所有權放棄という要素を含んでいると解するならば、所有權の移転が物權行為たることを認めざるをえないであろう⁽²⁾。しかも、所有權移転は売主が一方的に所有權を放棄すれば足るものではなく、買主のために放棄し、買主がそれを承認して「排他的支配力」を承継しなければならぬのであるから、これは契約と見ることができるのである。

とすれば、売買契約の中に所有權移転に関する合意をも含んでいる場合、この契約は債權契約と物權契約とを含んでおり、一個の意思表示によつて債權的效果と物權的效果とが発生するとする構成では十分ではない。ただし、そのような構成では「なぜ」と「いかにして」の区別がなくなり、所有權移転に関する説明が曖昧になるからである。つまり、所有權が「いつ」移転するかを決めるには、それが「いかにして」移転するのかを探らなければならぬが、ここに「物權行為」を承認することの意義があるわけである。

したがって、物權變動の原因となる「債權契約」とは別に「物權行為」なる概念を必要とするのは、物權變動現象を説明する理論上の要請であつて、ドイツ法のように立法政策として形式主義を採用場合にのみ要求されるものではないし、物權行為は債權契約と必ず別個になされなければならないというわけでもない。まさに、於保博士が説かれるように、意思主義ということから債權行為と物權行為が必然的に結合しなければならないという論理的要請がでてこないのと同じく、意思主義の下では概念的分別ということからは両者を必然的に分離しなければならないという論理的要請もないのである。債・物兩行為を別々にさせるか、同一の意思表示の中で兩行為を行うとするかは、法技術的・政策的な問題である。

だが、「物權行為の独自性」の問題は政策的・技術的な問題であるということで、「物權行為」の問題を理論の外に放逐してよいということではない。物權行為を債權行為とは別個に行わせることにするか（形式主義をとるか）、無因主義をとるかという問題は政策的な問題であるのに対して、物權變動には物權的意思表示が伴うというのは純理論的な問題であり、この兩者を区別する必要がある。つまり、わが民法一七六条が意思主義をとり、形式主義をとっていないということで、「物權行為」という概念が無用となるわけではないし、逆に「物權行為」概念が理論的に必要であるということで、物權行為は必ず債權契約とは別個になされなければならないということでもない。従来、この点の区別が十分でなかったことが所有權移轉論を混乱させて来ただけに、右の政策面と理論面の区別に対する留意が必要である。

さもなくば、物權契約理論は無因性を前提とした特殊な意思理論の所産だとする理解からは、無因的構成の下ではじめて独自の物權的合意が論理必然的に要求されるのであつて、無因性なき物權行為の独自性ということにどれほどの意義があるのか疑問であり、有因的構成をとるなら物權契約の構成は無用な二重化だという批判が出てくるであろう。なるほど「物權行為の独自性」概念を伝統的な意味、即ち物權行為は債權契約とは必ず別個にしなけれ

ばならないという意味に解するならば、有因主義の下で物権行為の独自性を要求しても意味のないことであろう。しかし、この概念はもう一つの意味、即ち物権変動は物権的意思表示によって生じるという意味があり、この意味での「物権行為」概念が所有権移転問題の理論的解明に必要なことは、本節で強調したところである。

(1) 川島・前掲「一七四頁注1」理論二五六頁「著作集(7)二九頁」は、わが国の不動産売買に関して、売買交渉成立は予約の段階として意識されているとされる(なお、川島・前掲「一七四頁注1」民法一五〇頁)。

(2) わが通説は所有権放棄を物権行為(単独行為)とする。末弘・前掲「一七四頁注1」一〇五頁、末川・前掲「一七一頁注1」新版八五頁、同・前掲同所・旧版九六頁、我妻・前掲「一七四頁注1」物権法一五六頁、柚木・前掲「一七四頁注1」二六九頁、舟橋・前掲「一七二頁注4」五三頁、林・良平・物権法「有斐閣・一九五六年」四〇頁、於保・前掲「一二二頁注4」四二頁、星野英一・民法概論II第一分冊物権「良書普及会・一九七三年」七八頁「星野・第一分冊として引用」、徳本鎮・前掲「一二二頁注4」注釈民法(6)四〇〇頁、原島重義編・民法(2)物権「有斐閣・一九八一年」一二二頁「原島」。

(3) 末弘・前掲「注2」八〇頁、我妻・前掲「注2」五一頁、柚木・前掲「注2」八七頁、柚木・高木・前掲「一二二頁注4」九五頁、柚木・高木・前掲「一二五頁注9」注釈民法(4)七五頁。

(4) 吉原節夫「物権変動の時期」法学教室二期八号(一九七五年)一二三頁は「物権変動が生ずるのは物権的意思表示があったからである」という命題は、これを認めるべきではないかとされるが、私見に近い考えではないかと思われる。

(5) 吾妻・前掲「一七五頁注5」ナチス民法学の精神二三八―二三九頁は、物権契約概念は物権行為を一定の方式に結びつけることを出発点とするが、物権契約と方式の結合から形式論理的に出てくる結果ではなく、そこには物権の公示という目的があつたとされる。

(6) 於保・前掲「注2」五三頁。

(7) 高島平蔵・物権法制の基礎理論「敬文堂・一九八六年」七五―七七頁。

(8) 同旨、山本・前掲「一二二頁注4」法論二九卷一号五―八頁、星野・前掲「注2」第一分冊三一―三二頁。

(9) 原島重義「債権契約と物権契約」契約法大系II「有斐閣・一九六二年」一一頁、一一三頁。同旨、山田・最「動産法における引渡主義と有因主義との結合」比較法雑誌二号(一九四一年)二五五頁注(一)、同前掲「一二五頁注5」杉山記念八五五―八五六頁、山中康雄「権利変動におけるいわゆる対抗関係(一)」法政研究一五卷三―四合併号(一九四八年)五四頁、同「権利変動論」名大法政論集一卷三三(一九五二年)三〇二頁、柚木・高木・前掲「注3」注釈民法(4)八三頁。

Krause, a. a. O. [S. 175 N. 8], S. 319f. u. 324; Larenz, a. a. O. [S. 172 N. 3], S. 19; Dufkeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, S. 31f.

これに対して、物權契約の積極的作用を述べるものとして、田島・前掲「一七四頁注2」法叢四四卷二号一五—二五頁。
Lange, a. a. O. [S. 175 N. 6], S. 37u. 49.

なお、有因主義の下でも物權行為に積極的意義を認めんとするドイツ法アカデミー土地法委員會の試みにつき、有川哲夫「物權契約理論の軌跡」原島重義編・近代私法学と現代法理論「九州大学出版会・一九八八年」三二—三三頁。

(10) 同旨、山本・前掲「一七二頁注4」注釈民法(6)二二八頁。

七　ところで、ドイツにおける物權契約否認論は、そのほとんどが引渡主義を主張しているとされているが、わが国でもスイス民法の引渡主義ないし登記主義と有因主義の結合を理想としたり、あるいは一七九四年プロシヤ普通国法の形式主義的一体主義を理想とする見解が主張されている⁽³⁾。

このような主張、とりわけプロシヤ法主義の理想化は物權行為の独自性・無因性を認めたドイツ民法の立場からすれば、歴史の逆行と見えるに違いない。ただし、ドイツ民法の方式は普通法の Titulus und Modus Acquirendi に含まれる難点を止揚して、理論的に純化させた方式であるという自負があつたと思われるからである⁽⁴⁾。

しかし、ドイツ民法の無因主義は物權行為を債權契約から切断することによって、所有權移轉が「いかにして」生じるのかという側面を重視するものの、所有權移轉が「なぜ」生じるのかという側面は放置され、不当利得による救済の段階でしか考慮していない点に理論的な不十分さがある。つまり、物權と債權を峻別するのみで、両者の区別・連関構造を追求していないという難点が、物權變動において「なぜ」と「いかにして」の問題を十分に区別・連関づけないという形で反映しているように思われる。

これに対して、Titulus und Modus 方式を私流に解釈すれば、Titulus は「なぜ」に相当し、Modus は「いかに

して」に相当するモメントであり、当時の学説がこの Modus について理論的な分析を加えていたならば、債権行為と物権行為を区別しながら、両者を関連づけて構成することも可能であつたのではないかと思われる。ただし、目的物の引渡は買主のために売主が「排他的支配意思」を放棄することによつて、「排他的支配力」を移転させる行為に他ならず、そこに物権行為を読みとることができからである。

にも拘らず、従来の理論では Modus たる目的物引渡を単なる事実行為⁽⁷⁾たる占有移転と解したに止まつた。したがつて、サヴィニイが目的物引渡に契約の要素があることを看取し、これを物権契約としたのは卓見であつた。しかし、サヴィニイの構想は現実贈与がモデルであつたために、所有権が「なぜ」移転するのかという側面と「いかにして」移転するのかという側面が、債権契約と物権契約として関連づけられることなく、右の両側面は所有権移転意思に帰せしめられて、「なぜ」の問題は「いかにして」の問題とともに物権行為の平面に押しやられ、そこで融合してしまい、債権契約と物権契約とが切断されたのである⁽⁸⁾。

かくして、「なぜ」の側面を重視して、そこに「いかにして」の問題を融合させ、物権変動を債権契約の平面で処理するフランス民法とは対称的な、ドイツ民法の物権変動論の端緒が形成されたが、仏・独いずれの主義も「なぜ」と「いかにして」の問題の解明が十分ではないという共通の難点を有している。したがつて、Titulus und Modus 理論を見直そうとする試みは、右の共通の難点を止揚する課題を果すものでなければならぬ。

そして、右の課題を果すためには、目的物の引渡や登記とは別に物権的合意を必要とする、ドイツ法主義の再検討を迫るであらう⁽⁹⁾。ただし、ドイツ民法のように目的物の引渡や登記を物権変動の成立要件とする場合には、物の占有や登記は「排他的支配力」の徴表という機能をフランス法以上に有している⁽¹⁰⁾。したがつて、目的物の引渡は即ち「排他的支配力」の移転であり、目的物の引渡それ自体が物権行為となるはずである⁽¹¹⁾。また、登記そのものは物権変動の法定要件でもあるから、不動産物権変動をもたらす当事者の意思は登記申請の中に読みとれば十分であり⁽¹²⁾、

占有の引渡や登記申請とは別に、当事者間における物權的合意を要求する理由もないであろう。ただし、ドイツ法の下では、当事者間の合意のみでは所有権移転という物權的效果をもたらすものではなく、目的物の引渡や登記申請とは別個になされる当事者間の合意は無用の行為となるからである⁽¹⁾。

注(1) 原島・前掲「一八二頁注9」契約法大系II一六頁注(一四)°。vgl. Krause, a.a.O. [S. 175 N. 8], S. 324f.; Dulckeit, a.a.O. [S. 183 N. 9], S. 64f.

(2) 山田・前掲「一八二頁注9」比較法雑誌二二六七頁、同・前掲「一七五頁注5」杉山記念八一五頁・八五四頁・八六二頁。なお、スイスでも「物權行為の独自性」をめぐる議論があるが、多数説は所有権者の登記申請を一方的な有因処分と解している(有川・前掲「一八三頁注9」近代私法学三一〇—三一四頁)。

(3) 柚木・高木・前掲「一七二頁注4」九二頁、柚木・高木・前掲「一七五頁注9」注釈民法(4)七七頁・八三頁。vgl. Larenz, a.a.O. [S. 172 N. 3], S. 19f.

(4) *Titulus und Modus Acquirendi* および普通法的方式からドイツ民法的方式への変遷については、好美・前掲「一七四頁注2」一橋法研三二二八六—三三〇頁、石田喜「引渡主義」前掲「一七二頁注4」變動論六一—六五頁。

(5) Vgl. Flume, a.a.O. [S. 175 N. 5], S. 153. フルメはドイツ法の下では所有権移転の中にその原因を受容しておらず、所有権移転原因の何たるかを問わず、所有権移転それ自体があるにすぎない、とする。

(6) 因に、ドイツ手形法理論においても、原因債權の不存在・消滅は手形關係の直接の当事者間では人的抗弁となる点は、わが国と同じであるが、その他の原因關係上の抗弁は不当利得の問題とされており、わが国の手形法理とは異なっている(上柳・前掲「一七三頁注12」論集三八九頁。なお、三七三頁・三七五頁注(2)参照)。

(7) 但し、プロシャ普通国法の下では法律行為と事実行為の区別に関心はなく(好美・前掲「注4」三二五—三二六頁)、このような区別は近代ドイツ法の観念であることに注意。

(8) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 3, 1840 [Neudruck 1973], S. 312f.; Derselb., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Bd. 2, 1853, S. 256-257u. S. 257 Anm. (m) u. (n).

サヴィニイの見解については、原島・前掲「一七四頁注2」〔系譜〕四六—四六七頁、同「無因性」概念の一考察」私法一八号(一九五七年)三三頁、好美・前掲「注4」三四六—三四八頁、石田喜・前掲「注4」五三—五四頁・六三—六五頁、広瀬・前掲「一七四頁2」法叢七七卷二四六—四七頁、海老原明夫「一九世紀ドイツ普通法學の物權移転論」法協一

○六卷一号（一九八九年）七一六頁。

(9) Savigny, a.a.O. [N. 7], Obligationenrecht II, S. 258f. vgl. Heck, a.a.O. [S. 172 N. 3], S. 44.

(10) ここでは合意と登記（なごし引渡）の二重要件のなかの合意のみが物権契約といえるとする説（z. B. Westermann, Sachenrecht, a.a.O. [S. 175 N. 6], S. 193 u. 370; Derselb. BGB—Sachenrecht, 7. Aufl., 1984, S. 53, 79u. 103; M. Wolff, Sachenrecht, 6. Aufl., 1985, Rz. 323 u. 396 [S. 145 u. 180]; K. H. Schwab, Sachenrecht, 20. Aufl., 1985, S. 46, 50 u. 134; Bassenge, in: Palandt's Komm. zum BGB, 41. Aufl., 1982, § 873 Anm. 3 [S. 952] u. § 929 Anm. 2 [S. 1032]; Wacke, in: Münchener Komm. zum BGB, Bd. 4., 3. Aufl., 1986, § 873 Rz. 1 u. 20 [S. 116 u. 122]; Quack, ebenda § 929 Rz. 43 [S. 686]; Mühl, in: Soergels Komm. zum BGB, Bd. 5., 11. Aufl., 1978, § 929 Rz. 1 [S. 254]; Ertl, in: Staudingers Komm. zum BGB, §§ 873-882, 12. Aufl., 1983, § 873 Rz. 6, 31-35 u. 161 [S. 55, 60 f. u. 104]) の合意と登記を一体なごし法律行為を構成するとする説（z. B. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Aufl., 1960, S. 910; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., 1957, S. 117-121, 214 u. 235; Baur, in: Soergels Komm. Bd. 5., 11. Aufl., 1978, Rz. 6 vor § 873 [S. 71]) が成立している。但し、ここでの問題は実質的意義はなごしとせず [Baur, a.a.O., § 873 Rz. 3 (S. 82)]。

なお、ドイツ民法第一草案の段階から物権契約と登記の関係をいかにすべきかという問題が登場していたにも拘らず、これを明確にしなかった（Schubert, a.a.O. [S. 174 N. 4], S. 104 u. 123）。また、ドイツ民法の立法過程では引渡と合意を「個の法律行為」と捉え、あるいは引渡を譲渡契約の形式とする見解に立ってゐた（ツェンツェル Wiegand, in: Staudingers Komm. [a.a.O.], § 929 Rz. 73f. [S. 155]）。

(11) 尤も、占有の公示機能は登記に較ぶると究めて劣弱であることは夙に指摘されているところである（末弘・前掲「二七四頁注1」七五頁—七六頁・一七七頁、山田・前掲「一八二頁注9」比較法雑誌二四二—二四三頁・二六三—二六四頁・二六八—二六九頁、安田幹太「物権の本質」民法論集（「八幡大学社会文化研究所・一九七〇年」）二九二—二九五頁、同・賃借権の本質「八幡大学社会文化研究所・一九七三年」二〇二—二〇六頁、川島武宜編・注釈民法（5）「有妻閣・一九六八年」二八頁「稲本洋之助」）。vgl. T. Süss, Das Traditionsprinzip, Festschrift für M. Wolff, Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht, 1952, S. 150-156. なお、占有の觀念化により、動産物権變動における引渡主義と契約主義の差が減少してゐる（ツェンツェル Wiegand, in: E. v. Caemmerer, Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnißübergang, Gesammelte Schriften Bd. 1., 1968, S. 154-157）。

(12) 今日のドイツでは目的物の引渡は事実行為、ないし事実的意思行為とされ、法律行為とは解されないようである（z. B. Wolff-Raiser, a.a.O. [N. 10], S. 235 [但し、同書二二九頁では引渡行為は譲渡意思の表明でなければならないし、自主占有の取得は所有權取得の意思の表明でなければならないとする]；Westermann, a.a.O. [N. 10], Sachenrecht, S. 71 u. 195-199; Derselb., BGB-Sachenrecht, ebenda, S. 54; Larenz, a.a.O. [S. 172N. 3], Schuldrecht II, S. 21; F. Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 13. Aufl., 1985, S. 52 [但し、同書五三頁は「民八五四条二項の占有承継の合意は法律行為性を有する」とす]；Mühl, a.a.O. [N. 10], § 929 Rz. 4 [S. 255].

(13) Vgl. Beyerle, a.a.O. [S. 175 N. 6], S. 174 u. Anm. 22. アウフラッシングと登記の同意は登記申請の中で一体化され、形式主義が単純化されることと有益だとするバイエーレは、物權の合意ではなくて、登記の同意こそが物權的処分行為だとする。

(14) Vgl. Stüss, a.a.O. [N. 11], S. 143 u. 164. すべての法は具象から抽象へ至るとするズュースは、徴表的な行為が抽象的なものの具象化にほかならないことを認めるにも拘らず、公示行為たる引渡の方を無用で余計だとする。

八 「物權取引の法的構成は、当該の歴史的社会における物權取引の現実の社会的『法的構造と深く関係しており、それを無視してただ論理的に又はただ法技術的に立法したり解釈したりしても現実的に無意味のものとなる』⁽¹⁾として、末弘説における歴史的存在としての民法典の理解の正しさを評価される川島博士は、当然のことながらフランス民法流の解釈を支持された上で、所有權移轉時期については第二章第二節で紹介したような見解を主張されている⁽²⁾。したがって、川島博士と私見とでは所有權移轉時期に関して結論を同一にするものの、その根拠づけを異にしており、川島博士から見れば私見はまさに「ただ論理的に」解釈をなすもの、ということになるであろう。

勿論、私として立法の沿革や歴史的・經濟的背景を無視して、専ら論理的に実定法を解釈できるなどという考えは毛頭有していない。しかし、末弘説に関して明らかになったように、わが民法とフランス民法の差異や両国における取引慣行の差異からすれば、フランス民法流の解釈をそのまま導入することは疑問であった。のみならず、フラ

ンス民法の制定からおよそ二世紀を経て、産業構造も大きく変り取引の方法や技術も変化して、人々の意識にも何らかの変化が見られる現代の紛争解決基準を求めるのに、フランス民法制定当時の歴史的・社会的・法的構造をそのまま反映させることはできないであろう。⁽³⁾ しかも、これまでに多くの先達によって、社会経済的背景や立法趣旨を踏えながら、所有権移転論が展開されているにも拘らず、それぞれに難点を有し他説を圧倒するだけの決定的理由づけに欠け、膠着状態に陥っているのである。

とすれば、われわれに残された方法としては、所有権とはどのような権利であり、所有権の移転とはどのような法現象なのかを分析する作業から出直した上で、そこで得た仮説を実際の取引に合わせて修正して行くほかはないのではなからうか。そして、このような理論的方法こそは、従来の歴史主義的な分析に欠けていた視点ではあるまいか。

方法論に関する問題はこの程度にして、川島説自体の検討に入ると、川島博士は、特定物売買において所有権移転時期を約定していない場合に、有償契約における対価的給付の相互规定的牽連関係、つまり同時履行の抗弁権を重視して、売買代金の支払があつたときに所有権は移転するとされるが、この結論自体は妥当である。つまり、所有権が「いつ」移転するのかという問題について、この結論に異存はないが、代金の支払によって「なぜ」所有権が移転するのであるか。川島博士はフランス民法に倣い、所有権は「償権契約の効力として」移転するとか、「償権の効力によって」移転するという説明をされているが、要するに売買契約によって代金と引換えに所有権を移転すべき債務を負担したからだということであろう。

それでは、償権の効力によって「いかにして」所有権は移転するのであるか。この点について、川島博士の見解は必ずしも明確ではないが、所有権の観念性の故にその移転を目的とする物権行為も観念的な償権契約に吸収されて、物権行為は償権行為の一内容となって独立の存在性をもたなくなり、償権関係即物権関係であるとされて

いる。このことから推測すると、所有權移轉の意思表示は売買契約の意思表示の中に吸収されているのだから、売買契約の意思表示によって所有權移轉の意思表示もなされており、したがって所有權は移轉することになるのである。まさに、フランス民法と同様、「なぜ」と「いかにして」の問題が未分離のまゝ融合しているわけである。

だが、この構成からすれば物權變動の意思表示をも含む売買契約によって所有權は買主に移轉するはずであり、売主には所有權移轉義務は残らないことになるのではなからうか。だとすれば、買主が代金を支払った時に所有權が移轉するとされた結論との間に、齟齬を来すのではあるまいか。したがって、論理の一貫性という点からすれば、旧通説のように売買契約によって所有權は買主に移轉するが、買主の代金支払債務と売主の目的物引渡義務、登記義務とが同時履行の關係に立つとした方が、筋が通るのではあるまいか。にも拘らず、「特定物所有權の移轉を目的とする契約においては常に原則として、契約の成立・成立すなわち債務の成立と共に所有權が移轉すると解すべきではない」として、代金支払時に所有權は移轉すると説かれるのであれば、代金支払によって「いかにして」所有權が移轉するのかを説く必要があるのではなからうか。⁽¹¹⁾

注(1) 川島・前掲「二七四頁注1」民法I一四八—一四九頁。なお、川島・前掲「二七四頁注1」理論二二三頁〔著作集(7)二〇九頁〕。

(2) 川島・前掲「注1」理論二四五—二四八頁〔著作集(7)二二九—二三三頁〕、同・前掲「注1」民法I一五一—一五三頁。

(3) 同旨、石田喜・前掲「二七二頁注4」變動論一一頁。なお、末川・前掲「二七一頁注1」論文集IV二二—二三頁。因に篠塚昭次・民法セミナーII物權法第一分冊「敬文堂・一九七〇年」一〇頁は技術的な解釈論の段階においては、民法主義をとるか独法主義をとるかということは、社会の基本的な構造と直接關係はないとされる。結果同旨、滝沢・前掲「二七二頁注3」理論一七九頁。

(4) 有泉 亨「物權行為論の意義について」京城帝大法学会論集第一四冊三號（一九四三年）六七頁・六八頁。鈴木・前掲「七一頁注3」研究一一〇頁。

(5) 川島・前掲〔注1〕理論二四八頁〔著作集(7)二二二頁〕。同・前掲〔注1〕民法I一五三頁。

(6) 川島・前掲〔注1〕理論二四五頁・二四六頁〔著作集(7)二九頁・三二〇頁〕、同・前掲〔注1〕民法I一五一頁。

(7) 川島・前掲〔注1〕理論二四五―二四六頁・二四八頁〔著作集(7)二九―三二〇頁・三二二頁〕(なお、理論二二―二二二頁〔著作集(7)一九九―二〇〇頁〕、同・前掲〔注1〕民法I一五一―一五四頁。

因に、山本・前掲〔一七二頁注4〕法論二九卷一号二五頁・二六頁注(3)は、上記のような川島博士の見解に対して、「この辺の論述が、いささか概念的な論理での処理に終っているように思われ」るので、「具体的な取引構造の分析を必要とする」のではないかと評されている。

(8) 舟橋・前掲〔一七二頁注4〕八七頁は「物権的意思表示は、原則として、初めの契約に含まれ」ているとされる(なお、同書八三頁)。

(9) 我妻・前掲〔一七四頁注1〕五六頁・八八頁。

(10) 同旨、石田喜・前掲〔注3〕変動論一六頁。なお、滝沢・前掲〔注3〕理論五一頁・一八五頁、林・前掲〔一七二頁注3〕私法二四号二四頁。因に、石田喜・変動論一七頁注(8)・一三三頁注(2)、同「物権法管見」物権法拾遺〔成文堂・一九八六年〕一〇七頁は、有償性説は本末顛倒の疑いがあり、根本的に逆立ちした理論とされる。

(11) 川島・前掲〔注1〕理論二四八頁〔著作集(7)三二二頁〕。同旨、舟橋・前掲〔注8〕八三頁。

(12) 滝沢・前掲〔注3〕理論一八九頁注(43)は、川島博士は仏民一三八条を援用して所有権は「引渡をなすべき時」に移転するから代金の弁済(ないし提供)によって同時履行の抗弁権がなくなり、引渡時期が到来した時に移転すると解されるが、仏民一三八条の「引渡をなすべき時」とは契約と同時にという意味だとされる(なお、同書一八二頁。川村泰啓・商品交換法の体系(上)〔勁草書房・一九六七年〕二九六頁。因に、川村・前掲書三〇九―三一〇頁は川島説は買主による代金の支払を要件として、所有権は自動的に移転すると構成されるから、川島説でも同時履行の抗弁権は貨幣所有権の移転と目的物所有権の移転とを牽連させていなかったことになる(とされる)。

九 次に、川島博士は有償性の原則に対する例外として、代金の支払がなくても目的物の引渡や登記があれば、所有権の移転があったもの解すべきであろうとされている。しかし、この場合、有償性の原則に反してまで、所有権

の移轉を認めなければならぬ理由は、必ずしも明白ではない。⁽²⁾ のみならず、ここでも所有權は「いかにして」移轉するのかが不明確であるだけでなく、「なぜ」移轉するのかさえ疑わしくなっている。⁽³⁾

というのは、川島博士は「売買契約の後に時をへだててなされる引渡や登記は、すでに移轉した所有權について、ただ對抗要件のみをつけ加える行為、或は売買契約そのものによって所有權が移轉するための一定の条件に、すぎない」とされている。⁽⁴⁾ したがって、当事者が引渡又は登記を条件として売買契約を締結しておれば問題は無いが、そのような条件をつけていない場合でも、川島博士のように主張しうるかは疑問である。⁽⁵⁾ 目的物引渡や登記がなされたときに所有權が移轉することを主張するためには、末川説のようにそれらの行為を法理的に分析し、法律的に意味づけて、それらの行為の裡に物權的意思表示を読みとるほかはないと思われる。しかし、物權行為は債權行為の中に吸収されて一体化しているとし、かつ有償性の原則を重視される川島博士の立場からは、登記または引渡のときに物權移轉の合意があり、この合意が民法一七六条にいう「意思表示」だとするのは民法典の構成からは遠いとして、末川説の採用を拒否される。⁽⁸⁾

したがって、川島博士の立場から右の例外的取扱いを正当化するためには、末川説以上に説得的な論拠づけを要するが、川島博士は「実際の取引意識においても、特定物に関するかぎりは当事者は登記・引渡のときに、所有權を移轉せしめるあらたな合意をするのではなく、むしろ所有權移轉をも含む売買契約の前提の上に、その効力の完成のために、ただ前になされた契約の履行に必要な事実行為をなすにすぎない」と考える。⁽⁹⁾ という解答を用意されている。

右の論述は、売買契約の当事者は目的物の引渡や登記があるまでは、所有權移轉の意思表示をも吸収している売買契約の効力は発生しておらず、これらの行為によって売買契約の効力が発生する、即ち所有權も移轉すると考えているという趣旨なのか、それとも売買契約は完全に効力を有しており、その履行として目的物の引渡や登記をす

と考えているという趣旨なのか、明確ではない。しかし、舟橋博士がいわれるように「原則として初めの契約だけで物権変動の効力を生じ⁽¹⁰⁾」るとすれば、後者の趣旨ということになる。だとすれば、所有権は既に買主に移転しており、売主は目的物引渡義務・登記義務を履行しているにすぎないことになり、論旨は一貫するが旧通説と変りばえのない見解となる。

他方、右の論述の趣旨が前者だとすれば、引渡や登記は売買契約の停止条件ということになる。そして、その場合、当事者は黙示的に条件をつけたのかという問題が発生するが、これを肯定すれば旧通説と同じになり有償性説の存在意義を失わせるに至る。かといって、黙示の条件を否認するならば、目的物の引渡や登記によつて所有権が移転する理由づけに窮することになるが、実は目的物引渡や登記のみでは所有権は移転しないと結論こそが、有償性説にふさわしいのではあるまいか。⁽¹²⁾

有償性説に関して、さらに問題とすべきことは、この見解では所有権の移転とは一体「何が」移転すると考えているのかである。川島博士はこの点について明確な論述をなされていないが、「取引当事者間の関係では、物権変動が何時生じたかは、物権変動による実質的利益（主として利用・果実・危険負担）が何時から移転するかということにほかならない⁽¹³⁾」とされ、所有権移転の時期と態様について約定がなければ引渡をなすべき時に「物権は移転する」、即ちその「物権の実質的諸利益が包括的に移転する⁽¹⁴⁾」とされている点から推測すると、所有権の機能レベル、即ち私見にいう所有権の現象形態次元で所有権移転を把握されているといえよう。

このような捉え方は、既に検討した鈴木説と同様の発想であるが、鈴木説⁽¹⁵⁾に対して述べた疑問がそのままではまるであらう。つまり、実質的諸利益が移転するから所有権が移転したのではなく、逆に所有権が移転したからこそ実質的諸利益も移転するのではないか。だとすれば、所有権移転論はその現象形態たる実質的諸利益の側から考察するだけでは不十分であり、その背後にある所有権そのものを掴む必要があるのではあるまいか。そして、その

ような作業をしてこそ、代金支払前の目的物引渡や登記によっても所有權が移轉する所以を説明できるように思われる。

だが、所有權の「本質」や物權變動の「本質」というところから出発して演繹的に問題にして行くことや、ことばというものに対応する「実体」があるという前提に立つことを否定して、個別・具体的かつ現実的に取り上げて行く方法を採用される川島博士⁽¹⁵⁾に対して、所有權の論理構造の分析と、それに基づいた所有權移轉論の構成を求めても無意味であろう。

注(1) 川島・前掲「二七四頁注1」民法I一五三頁。

(2) この点の批判として、原島重義「民事判例研究・不特定物の売買における目的物の所有權移轉時期」法政研究二八卷三号（一九六二年）九一頁、同・前掲「一二二頁注6」民法の判例五五頁、石田喜・前掲「一二二頁注4」變動論一一四頁。因に、滝沢・前掲「一二二頁注3」民法講座(2)四八頁は、登記・引渡時に所有權が移轉するという結論は有償性原理からは導きえないものであり、代金支払時移轉説の根拠をあいまいにしているが、川島説においては、結局すべて当事者意思に基づいて所有權移轉時期が決定されるという結論に統一されているようであり、それがこの判例理論修正説を支える真の理論的根拠でもあるとされる。

(3) 石田喜久夫・物權法「日本評論社・一九七七年」一四頁でいわれるように、売主が同時履行の抗弁權を放棄したから買主に所有權が移轉するのであろうか。

(4) 川島・前掲「二七四頁注1」理論二四六頁「著作集(7)二二〇頁」。

(5) 我妻・前掲「二七四頁注1」物權法五四頁、磯谷幸次郎「所有權の移轉に関する物權契約説を検討す」法曹会雑誌一一卷一号（一九三六年）一八頁は、このような場合を想定されている。しかし、末川・前掲「二七一頁注1」新版六八頁、同・前掲同所・論文集IV二六頁、同・前掲同所・旧版七六―七七頁は、当事者は代金支払・登記・引渡を条件とするにとどまるといえるのか疑問とされる。

(6) 同旨、柚木・高木・前掲「一二二頁注4」一〇九頁、柚木・高木・前掲「一二五頁9」注釈民法(4)八三―八四頁。

(7) 末川・前掲「注5」新版六七頁、同・前掲同所・論文集IV二五頁、同・前掲同所・旧版七五頁。

(8) 川島・前掲「注4」理論二四九頁「著作集(7)二三三頁」。

(9) 川島・前掲〔注4〕理論二四九頁〔著作集(7)二三三頁〕。同旨、舟橋・前掲〔一二二頁注4〕八七頁。

(10) 舟橋・前掲〔注9〕八七頁。

(11) 舟橋・前掲〔注9〕八七頁は上記引用文に続いて「このことは必ずしも物權變動を生じる時期が原則として初めの契約の時だということにはならない」とされるが、その論拠は明確にされていない。なお、舟橋説に対する批判として、石田喜・前掲〔注2〕變動論一七頁注3)。

(12) 滝沢・前掲〔注2〕五五頁は「近代法における所有權の絶対性と觀念性を強調された川島博士が、当面の議論においてはのみ、基本となるべき所有權の觀念性を看過されるのは非常に疑問であり、問題はこの点にかかわる」とされる。

(13) 川島・前掲〔注1〕一五二頁。

(14) 川島・前掲〔注1〕一五三頁。

(15) 川島説においても鈴木説と同じように、物の利用や果実・危険負担については当事者が契約で自由に定められるし、実質的諸利益の全部を同時に移転するかどうか契約で定めることができる(川島・前掲〔注1〕一五二頁)とされる。

(16) 川島・前掲〔一二二頁注3〕私法二四号五八号。

一〇 末弘博士によつて再導入され、我妻博士によつて通説化されたフランス法流の所有權移転論も、最近では少数説と化しているが、滝沢教授は一七六条の沿革や立法者意思を重視して、フランス法流の解釈を再構成せんとされている。というのは、教授によればフランス法主義の理論体系は合理的な裏づけを有しており、契約時移転説は批判されているほど不合理ではないこと。むしろ、契約の誠実な履行が期待されるような正常な取引行為を念頭に置く限り、契約時移転説は契約の拘束力を確認するという積極的意義を有すること。これに対して、判例批判説にも内在的欠陥があり、必ずしも判例理論に優越するものではないこと、が主たる根拠としてあげられている。⁽¹⁾

従来の判例批判説は、我妻博士が判例に即して契約時移転を原則とし、当事者の約定で移転時期が決まるのを例外として整理された点⁽²⁾が、必ずしも当たっていないことを指摘したものの、これによつて契約時移転説そのものを論

駁しているわけではないし、前節で検討したように今日の通説たる有償性説にも内在的欠陥があるわけであるから、旧通説を補強し再構成することは何ら時代錯誤の試みというわけではない。

しかし、物權變動に関連した民法の規定にはドイツ法の影響を受けたものもあって、日仏民法の間かなりの相違があることは滝沢教授自身も認められるところであり、一七六条がフランス法を母法としているにせよ、このことは一七六条をフランス法流に解釈することを合理化する決定的根拠とはなりえない。とりわけ、フランス民法七一条・一一三八条のような規定を有しないわが国では、「売ろう」「買おう」という意思表示の中に所有權を即時に移転させる旨の意思が含まれているものとして取扱う決定的根拠に欠けるが、一七六条しか有しないわが民法の下で当事者の意思を尊重するならば、当事者が売買契約の中で即時に所有權移轉義務を履行する旨を約定しなかった（あるいは、そのように解釈しうる事情もない）ということは、即時に移転させる意思はなかったと解する方が合理的であろう。そして、それだからこそ旧通説のいう原則と例外を逆転させて、所有權移轉時期の決定は当事者の意思の解釈の問題であるとする考え方が支配的となつた⁽¹⁾のではあるまいか。そして、フランスにおいても当事者の約定に従つて物權變動の時期を決するのを原則と見る學説が登場している⁽²⁾ということは、意思主義とは何かということが反省されているということではあるまいか。

だが、滝沢説では契約時移轉を原則とし、当事者の特約や取引慣行による場合を例外とする旧通説の立場に立ち、敢えて學説の流れに抗されるのは、教授の目からは従来の判例批判説が所有權の觀念性に十分な配慮をしていないと映ずるからであろう。たしかに、これまでの検討から分るように、外部的徴表行為説にしろ有償性説にしろ、また段階的移轉説にしても「所有權の移轉」という現象の把握が表面的で、感覺的であり、所有權が「人と物との關係をめぐる人と人との規範關係」であることを根底に据えた上で、このような所有權の移轉とはどのような法現象なのかを捉えたものではなかった。しかし、それでは契約時移轉説が所有權の觀念性を把握した理論になつてい

のかというと、これまた疑わしいのではなからうか。というのは、近代的所有権が観念的なものであるということは、意思表示のみによる移転を許容するものではあっても、「売ろう」「買おう」という合意のみで移転するという結論と直結するものではないからである。したがって、問題はまさに滝沢教授が強調されているように、「極めて観念的な性質のものである」⁽⁷⁾所有権とはどのような権利であり、所有権の移転とは「何が」「なぜ」「いかにして」「いつ」移転することなのかを説明することにあるのである。

なお、滝沢教授はフランス法の意思主義は約束の重視と意思自治の原則を包含するものとされた上で、契約時移転の原則は「契約は守らるべし」という法諺の理論的表現と解され、契約時移転説は契約の拘束力を確認するという積極的意義をもつとされる。⁽¹⁰⁾しかし、契約を尊重すべきことと、所有権がいつ移転するのかという問題は直結するわけではないし、意思自治の原則からすれば所有権移転時期も当事者が決するのを原則とする見解の方を支持するのではあるまいか。

注(1) 滝沢・前掲「一二二頁注3」民法講座(2)五三一五七頁・六三頁、同・前掲「一二二頁注3」理論一八頁。

(2) 我妻・前掲「一七四頁注1」物権法五四頁。

(3) 滝沢・前掲「注1」民法講座(2)三五頁・三八頁・四三頁、同・前掲「注1」理論四七頁・一八〇頁・二七〇頁、同・前掲「一二二頁注3」法教五八号一四頁。

(4) 湯淺道男「物権変動論序説のための覚え書き(二)」愛知学院法学研究一九卷四号(一九六七年)五五頁・六五頁。なお、契約時移転説では原則と例外が逆になっていると指摘するものとして、吉原・前掲「一二二頁注4」富大七巻二七〇頁・七八頁・八〇頁注(4)、原島・前掲「一二二注2」民法(2)五二一五三頁、好美・前掲「一七九頁注5」書齋の窓二九九号四頁。

(5) 滝沢・前掲「注1」理論一〇一頁。因に、フランスでも等価交換に対する考慮が加味されて、仏民七一一条や一一三八条は限られた範囲でしか効力を有していないとされている(舟越隆司「特定物売買における所有権移転時期について」法学新報七〇巻八号(一九六三年)三六一三九頁)。

(6) 滝沢・前掲「注1」民法講座(2)五七頁、同・前掲「注3」法教五八号一七頁、同「物権変動の時期」民法判例百選I第二

版「有斐閣・一九八二年」一一三頁。但し、滝沢・前掲〔注1〕理論一八三頁は「例外がむしろ原則であるならば、原則論を修正すべきであるといえる」とされる。

(7) 滝沢・前掲〔注3〕法教五八号一七頁、同・前掲〔注6〕民法判例百選I一一三頁。

(8) 滝沢・前掲〔注3〕法教五八号一五頁。

(9) 滝沢・前掲〔注1〕民法講座(2)六一頁注(40)。

(10) 滝沢・前掲〔注1〕民法講座(2)五七頁。なお、滝沢・前掲〔注1〕理論九九頁・一一五頁、同・前掲〔注3〕法教五八号一七頁、同・前掲〔注6〕民法判例百選I一一三頁。

一 旧通説の立場から判例批判説を批判される滝沢教授の見解には、本稿で述べた私の見解にも関連する部分がある、この点について検討しておこう。

滝沢教授は、物権行為独自性説が物権変動は物権的意思表示によらなければ生じえないとし、民法一七六条を物権的意思表示のみによって物権変動が生じる趣旨に解釈するのであれば、「物権的合意をその外部的徴表と当然に結合することは理論的に矛盾である」とされる。⁽¹⁾しかし、今日の物権行為独自性説は「売ろう」「買おう」という意思表示しかなされておらず、所有権移轉の意思が不明確な場合には、右の債権契約のみでは所有権の移轉を認めえないので、改めて所有権移轉の意思表示をなす必要があるとし、代金受領や目的物引渡・登記（ないし必要書類の交付）があつた場合には、これらの行為の裡に所有権移轉の意思を読みとり、所有権移轉の意思表示があつたと解釈できる場合に、所有権の移轉を認めるにすぎない。⁽²⁾つまり、滝沢教授がいわれるように物権的合意を外部的徴表と当然に結合しているのではなく、逆に売買契約の履行行為の中に物権的合意を読みとるのであって、一七六条の意思主義と矛盾するものではない。

次に、滝沢教授は「債権契約とも区別され、外形的形式をも伴わない物権的合意の存在意義はいかなるものであ

ろうか」という疑問を提起された上で、そのような物権的合意を承認することは「確たる立証手段の保障もなしに、特約ともまた異なる物権的合意の存在を主張することによって、随意に所有権移転時期を選択できることになり、取引の混乱は免れないであろう」とされる。³⁾これは外部的徴表行為説が代金受領や目的物引渡・登記（ないし、それに必要な書類の交付）という多様な徴表に物権的合意を読みとることに對する批判であろうが、物権的合意を読みとりうる徴表は、買主のために「排他的支配意思」を放棄する行為でなければならないから、随意に選択しうるわけではない。

また、売主がこれらの徴表行為をなしたにも拘らず、所有権を留保するつもりであれば、その旨を表示すべきであり、その旨の留保をすることなしに、買主のために「排他的支配意思」を放棄したと見られる行為をなした場合に、そこに所有権移転の合意を読みとることは、意思表示の解釈の問題であつて、立証手段の問題とは次元を異にするであろう。つまり、これらの場合に立証の問題が生じるとすれば、それは売主が所有権を留保した点に關してであつて、物権的合意があつた点に關してではない。したがつて、所有権を留保したと主張する売主が右の点を立証しない場合には、所有権は買主に移転したものとされるのであつて、取引が混乱することはないように思われる。なお、売主に登記名義が残っている場合に、二重譲渡問題が生じたり、売主の債権者が差押をするといった問題が生じるが、これは外部的徴表行為説をとる場合にのみ生じるものではなく、明示の意思表示によつて所有権が移転する場合にも生じることであり、次稿で検討する予定の對抗要件の問題である。

物権行為の独自性説に對する第三の批判として、「物権的合意は外部的徴表につねに伴うとみるのであれば、それはすでに一七六条の文理を超えた形式主義への移行でしかありえず、一七七条・一七八条の存在意義を大きく失わしめるとされる。物権的合意は外部的徴表に常に伴うとは限らないが、たとえ、そうであるとしても、形式主義への移行とはいえないであろう。けだし、外部的徴表行為は物権的合意が明示されていない場合に、この合意を解

釈するための資料にすぎず、原則はあくまでも当事者間における物權的合意が明確な場合にあるからである。したがって、この原則的な場合に一七七条・一七八条が無意味になることはないし、外部的徵表行為のうち目的不動産の引渡や代金受領から所有權移轉の意思を読みとる場合には、登記という對抗要件を必要とすることはいうまでもないことである。

とはいえ、動産の引渡あるいは不動産登記（正確には必要書類の交付ないし登記申請）に所有權移轉の意思を読みとり、これらの行為があつたときに所有權が移轉すると解する場合には、*Titulus und Modus* 方式をとつた上で、引渡ないし登記申請に物權的意思表示を読みとるのと同じ結果になり、對抗要件の意義が背後に退くことは否めない。けれども、それは外部的徵表行為説の理論的難点というよりも、外部的徵表行為説が對抗要件主義を部分的に包摂止揚していると評価すべきである。

けだし、對抗要件とされている占有や登記は本来、物權の実体たる「排他的支配力」の徵表として、物權の公示機能を果たすものである。そして、對抗要件主義はこの占有や登記を、同一目的物に関して相競合する物權變動の先後関係（優先順位）を決定する基準として利用したものであり、占有なり登記を先に取得した方が物權變動が先になされたと看做す制度である。これに対して、外部的徵表行為説は登記や占有という物權の徵表が移轉されておれば、その裡には物權變動の意思表示もあつたものと解して、物權變動を認めるわけであるから、物權の徵表たる占有なり登記が移轉されている以上、その転用形態たる對抗要件の具備が新ためて問題とならないのは当然のことである。

要するに、外部的徵表行為説は所有權移轉の問題を取引の結果の側からも考察しており、既に登記や引渡が済んでいる場合には、それは對抗要件の履践でもあるが、それ以前に登記や引渡を物權變動の徵表、即ち物權變動の意思表示を読みとる資料として取扱っている。そのために對抗要件としての意義が消失するように見えるわけである。

なお、滝沢教授は「登記、引渡、代金支払のようにそれぞれ取引上の意義を異にするものを、一律に所有権移転時期として捉えることは不合理であ」るとされる。⁽¹⁾ たしかに、これらの行為は売買契約の履行の問題として見るならば、それぞれ取引上の意義を異にしているが、売主が買主のために「排他的支配意思」を放棄し、「排他的支配力」が買主に移転したか否かを探る資料としては意義を異にするものではない。とすれば、教授の右の批判は、フランス法の下では物権行為は債権行為の中に吸収されているとし、物権変動は当事者間の債権契約関係の一部分にすぎず、当事者間では債権関係即物権関係とされる川島博士の有償性説⁽²⁾に對しは妥当しえても、外部的徴表行為説には妥当しないように思われる。

注(1) 滝沢・前掲「一二二頁注3」民法講座(2)五三一五四頁。

(2) 同旨、山本・前掲「一二二頁注4」注釈民法(6)一二六頁・一二七頁。

(3) 滝沢・前掲「注1」民法講座(2)五四頁。なお、滝沢・前掲「一二二頁注3」法教五八号一四頁。

(4) 滝沢・前掲「注1」民法講座(2)五四頁。

(5) 滝沢・前掲「注1」民法講座(2)五四頁は外部的徴表行為説を「登記・引渡・代金支払主義とも呼ぶべきドイツ法主義の亜流」とされるが、物権的合意のほかに登記・引渡を要求するドイツ方式よりも、Titulus und Modus型に近いのではあるまいか。

(6) 二重譲渡問題は法定証拠説で解決しうるのではないかと記したが「本誌二二卷四号一五二頁注(1)」、對抗要件については上記の問題と合わせて次稿で検討する予定である。

(7) 滝沢・前掲「注3」法教五八号一五頁、同・前掲「一二二頁注3」理論一八四頁。なお、理論五二頁、民法講座(2)「前掲注1」五六頁。

(8) 川島・前掲「一二四頁注1」理論二四八頁「著作集(7)二二二頁」。

六　む　す　び

一　外国の法理論の模倣期を過ぎて、一応の客観性をもって所有權移轉論を考察するようになった時期以降の学説の変遷を辿ると、フランス法に回帰した契約時移轉説（末弘・我妻説＝旧通説）、これに対するアンチ・テーゼとして独特の物權行為論を立てた外部的徴表行為説（末川説）、さらに有償性原則を重視する最近の多数説（川島説）という流れを示している。

そして、川島説が「今日の通説的見解と目されるにいたつた最大の理由は、この所説が所有權の移轉時期に関する取引慣行に最も適合する結論を理論的に構成したというところにある^{〔1〕}」と評されている。たしかに、川島説は旧通説の理論的基盤を承継した上で、旧通説では物權變動と債權關係とを統一する民法の主義に適しただけでなく、「わが国の生ける取引生活の現実にも適しない^{〔2〕}」点を回避するために、わが国の取引慣行や取引意識を實質的根拠とされた末川説の結論を導入することにより、両説を綜合止揚せんと試みられた。しかし、この試みも物權變動は債權契約の効力として生じる（旧通説）が、その物權變動の時期について約定のない場合には、代金支払・引渡・登記のあつた時である（末川説）として、両説の一部づつを接合したに止まり、両説を綜合止揚したというには程遠いものであつた。

注 1） 湯浅・前掲「二九六頁注 4」愛字一九卷四号四七頁。

（2） 川島・前掲「二七四頁注 1」理論二四九頁〔著作集（7）二三頁〕。なお、川島・前掲「一七四頁注 1」民法 I 一五四頁。

二　というのは、物權行為の独自性を否定して、有因説に立つ旧通説と、外部的徴表行為に物權變動の意思表示を讀みとり、しかも物權行為の無因性を認める末川説とでは、もともと立脚基盤を異にし、発想方法が違つていた。

したがって、この両説を綜合止揚するには、両説よりも一段と高い次元から両説を分析して、それぞれの長短を認識した上で、新しい理論を立てる必要があることはいうまでもないが、とくに重要な点は、両説の理論的難点を見抜くことであろう。

では、従来の物権行為論・所有権移転論における理論的難点は奈辺にあつたのであろうか。その難点は所有権の「本質」・物権変動の「本質」から出発して演繹的に問題にしたために、問題の取扱いが非現実的になつたことや、「所有権はいつ移るか」という風に抽象的に論じたこと⁽¹⁾でもなければ、「所有権の内容ないし具体的効果に段階のあることを看過し、これを一律抽象的に論ずる」といった表面的なことではなく、所有権とはどのような権利であり、所有権の移転とは「何が」「なぜ」「いかにして」移転する現象なのかという、根本問題の考察を欠いた点にあつたように思われる。

したがって、この根本問題の考察を放置したまま、旧通説と末川説を部分的に接合しても、両説の綜合止揚をなしないのは当然である。それどころか、逆に、所有権移転の問題に理論的な混乱をもたらしただけでなく、所有権の移転という現象を実質的諸利益の移転として表面的に捉え、段階的移転説への途を準備することになつたのである。

注(1) 川島・前掲「一七二頁注3」私法二四号五八頁。

(2) 柚木Ⅱ高木・前掲「一七二頁4」一一〇頁、柚木Ⅱ高木・前掲「一七五頁注9」注釈民法(4)八四頁。

(3) 所有権移転に関する川島説の学説史上の役割りと成果は、入会理論におけるのと同様であつたと評しうるであろう。といふのは、川島博士の入会理論は旧通説(我妻・石田説など)と末弘Ⅱ戒能説を綜合止揚すべき位置にあつたが、両説の部分的接合によって、入会理論の混乱状況も度を増したように思われるからである(この点については、拙著・企業と団体の基礎法理「成文堂・一九八九年」三〇五—三一六頁・三二一—三二三頁・三三〇頁・三四六—三四八頁・三九三頁注(2)を参照されたい)。

三　ところで、物權行為をめぐる学説の変遷は、取引の実情が変り、新しい説をたてなければ解決されない問題が登場したからではなく、純粹に理論構成の優劣を競った結果にすぎないといわれている。⁽¹⁾ だとすれば、所有權移轉論の焦点が所有權移轉時期の問題に合わせられるとともに、個別類型的な解決を目指す方向へと発想の転換がなされた原因はどこにあったのであろうか。

また、鈴木説と同じような発想は既に有泉博士によつてなされていたし、物權行為論の違いが具体的な問題の解決に大きな相違をもたらすものでないことも既に指摘されていた。にも拘らず、鈴木説に対するほどの関心を払われることもなかったようである。それなのに、なぜ鈴木説に対しては大きな関心が寄せられたのであろうか。

右の発想の転換の根拠を市民社会の変質に求める見解もあるが、⁽²⁾ 對抗要件問題に較らべると所有權移轉問題については、市民社会の変質が反映する度合いは小さいのではなからうか。むしろ、右の発想の転換は従来の物權行為論の不毛性を自覚した法解釈学が実用法学として純化する方向へと転換したことを意味しているのではあるまいか。⁽³⁾ まさに「古典的な学説の類型的・形式的なパターンによる説得方法の克服」の始まりであり、「形式論理的な法的構成に対する戦後の『利益衡量法学』的解釈方法による挑戦の勝利」⁽⁴⁾ の徴候といえるであろう。

戦後の法解釈学が技術学としての方向を目指したことは、社会の成長に伴う法律学の発展という側面を有することとは否めない。しかし、その反面において、従来の法解釈学が無自覚的に混蔵していた法理学的側面を捨象することをも意味していた。今日に至るも、所有權の移轉とはどのような法現象なのか、そもそも所有權とはどのような權利なのか明確になっていない原因は、技術としての法律学へ注入される努力の量に較らべて、理論としての法律学へ注入される努力の量が足りないことにあるように思われる。

注(1) 石田喜・前掲「二七二頁注4」變動論一〇六頁（なお一〇八頁注4）。同旨、湯浅・前掲「一九六頁注4」愛学一九卷四号

四一頁。

(2) 舟越・前掲「一九六頁注5」新報七〇卷八号四九頁。

(3) 因に、鈴木・前掲「一七一頁注3」研究一〇九頁は物權變動論が物權變動の時期の問題へ移行したことは、物權變動論の實際的意義を自覚した結果であり、「二つの大きな進歩」と評される。

(4) 湯淺・前掲「注1」四五頁。

四 前々稿で、今日の物權變動論が諸説乱立状態にあるのは、所有權に関する基礎理論が十分ではないからではないかと記した⁽¹⁾。本稿で所有權移轉論を検討した限りでは、私の直感⁽²⁾は当たっていたといわざるをえないであろう。

所有權移轉論とは所有權の移轉に関する理論であるから、所有權とはどのような權利なのか⁽³⁾が理論的に説明されていなければ論じられないはずである。にも拘らず、従来の学説は所有權について十分に理解したつもりで、所有權移轉論を取扱っていたのではないだろうか。そして、その結果、この問題の解明を混乱に陥れ、そこから脱出する手がかりを見出せないまま、新しい学説が展開されているために、その混乱を増幅させてきたのではないだろうか⁽⁴⁾。

だとすれば、この混乱状態から抜け出すためには、「所有權とは何か」ということは法律家にとつて常識である⁽⁵⁾と高を括らないで、もう一度、基本に戻つて考え直すべきであろう。つまり、われわれはまず基本に戻つた上で、所有權の移轉とは「何が」「なぜ」「いかにして」「いつ」移轉するのかを問い直すことから始めるべきであろう⁽⁶⁾。

この基礎視點なしに、いかに大量の文献を渉獵し、いかに最新の文献を読もうとも、問題解決の糸口を掴むことは困難であろう。というよりも、この基礎視點なしに大量の文献に接すれば、かえつて混乱を起すか、せいぜいのところ既存の文献の紹介・羅列に終り、せっかくの資料を情報源として活用することが出来ないであろう。

注(1) 拙稿「所有權の論理構造」本誌二〇卷四号(一九八七年)六八頁。

(2) 因に、所有權讓渡の対象を「所有權」であるとすると解決困難な循環論に陥るが、その解決方法を見出せないこと

につき、太田知行・当事者間における所有權の移轉〔勸草書房・一九六三年〕九四頁。

(3) 好美・前掲「一七九頁注5」書齋の窓二九九号一三頁。

(4) 原島重義「現実への対応と基本の見直し」法学セミナー三〇七号（一九八〇年）三頁は、公害に関連して、従来の法理論を基本にかえて根本から再検討する作業が未だ充分ではないとされる。

五 物權行為論・所有權移轉論に無用の混乱が続くならば、学説に対する期待は薄れ、学者は判例を「慣習法的に把握してその理論の醇化にこそ努力の焦点を向けるべき」であり、判例の「構成を明瞭にして取引の安全に支障なからしめること」こそが学者の任務であるとする考えが、支持を得ることもなかりかねない。

判例を整理し分析することによって将来の裁判を予測したり、判例の理論構成の不十分な点や結論の不当性、さらには立法の不備を修正するための提言を行うことも法律学に課された重要な役割ではある。しかし、実定法学は実用法学としてしか成り立ちえないものではなく、実定法学上の概念を分析し、これを見直したり、⁽³⁾ 実定法の構造を体系的に解明するなど、理論法学としても成り立ちうるし、このような作業を通して間接的に実用に奉仕するという役割りもあるはずである。そして、何よりも原理的な考察なしには、判例の整理も表面的な作業に終るのではあるまいか。

注(1) 柚木・前掲「一七四頁注1」八七頁・九二―九三頁、柚木・高木・前掲「一七二頁注4」九四―九五頁。なお、判例が長年に亘って確立していることを重視する見解として、我妻・前掲「一七四頁注1」物權法五三頁、於保・前掲「一七二頁注4」五四頁、同「物權行為について」石田文次郎先生還暦記念・私法学の諸問題(一)民法〔有斐閣・一九五五年〕二五二頁。

(2) 川島・前掲「一七四頁注1」民法Iはしがき四頁、同・科学としての法律学〔弘文堂・一九六四年〕一三六頁は、裁判の先例を素材として将来の裁判を予見することを実用法学の第一次的な課題とされる。

(3) 岩波講座・基本法学はこのような作業を行うことも一つの目標として企画されているが（基本法学第一巻〔岩波書店・一

九八三年」刊行にあたって、基本概念の見直し作業は必ずしも十分になされているとはいえないようである。

〔完〕

付記 本稿を草するに当り、福岡大学法学部・有川哲夫教授、ならびに佐賀地方裁判所の資料を見せて頂いたことを記して、感謝の意を表わしたい。